

ZUR VERFASSUNGSRECHTSPRECHUNG

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat *

Peter Badura

Die vollkommene Verwirklichung der konstitutionellen Idee einerseits in der Festlegung eines auch den Gesetzgeber bindenden Verfassungsgesetzes, andererseits in der Aufrichtung einer die Achtung dieses Verfassungsgesetzes auch durch den Gesetzgeber überwachenden Verfassungsgerichtsbarkeit, läßt die Grundaphorie der rechtsstaatlichen Demokratie sinnfällig zutage treten. Der politische Gestaltungswille der Gesellschaft, aus einem nicht immer ganz durchschaubaren Prozeß der Auseinandersetzung zwischen den politischen Parteien, der Bürokratie, den gruppierten Interessen und der öffentlichen Meinung hervorgehend und formell durch das Parlament in Form des Gesetzes gebildet, ist die nach der demokratischen Staatsauffassung einzige legitime Quelle des geltenden Rechts. Die autoritative Entscheidung darüber aber, ob der Recht schaffende Gesetzgeber rechtmäßig, d. h. in Übereinstimmung mit dem Verfassungsgesetz, gehandelt hat, ist dem Verfassungsgericht zugewiesen. Mit der Einsicht in den mehr oder weniger voluntativen (auch von selbständigen Werturteilen bestimmten) Charakter nicht nur der richterlichen „Rechtsfindung“, sondern bereits der Rechtsauslegung, mußte sich notwendig die Frage verbinden, ob und an welchem Punkt die verfassungsrechtliche Kontrolle des Gesetzgebers in eine Beschneidung seines politischen Mandats übergehen kann. Das richterliche Prüfungsrecht gibt dem Verfassungsgericht, das vor allem durch diese Kompetenz Gericht *und* Verfassungsorgan ist, die Chance, zum Gegenspieler des durch das Parlament ausgedrückten politischen Willens der Gesellschaft zu werden. Darin liegt der unersetzliche Wert eines Schutzes der bürgerlichen Freiheit gegen den Machtanspruch des Mehrheits-

* Bericht über die in den Bänden 1 bis 20 der amtlichen Sammlung veröffentlichten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, herausgegeben von den Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts.

willens ebenso beschlossen wie die Gefahr, daß sich die wohlfahrtsstaatliche Sozialgestaltung an den durch ein einseitiges Grundrechtsverständnis verfassungsrechtlich bewehrten Bastionen einer sich dem Staat entgensetzenden Wirtschaftsgesellschaft bricht. *Alexander Hamilton*, der als Exponent des Handels- und Finanzkapitals den befürchteten progressiven Demokratismus der Legislative durch den vorausgesetzten Konservativismus der Richter bändigen wollte, rechtfertigte das richterliche Prüfungsrecht mit scheinbarer Unbefangenheit so, wie wenn es sich um eine Sache der Logik handelte¹. Dem Scharfsinn *Tocquevilles*² entging nicht, daß den Richtern durch das richterliche Prüfungsrecht – „eines der mächtigsten Bollwerke . . ., die jemals gegen die Tyrannei gesetzgebender Körperschaften errichtet worden sind“ – eine bedeutende politische Macht zugefallen ist³.

Der Bundesrepublik ist bisher ein Verfassungskonflikt der Art, wie er in den Vereinigten Staaten durch die anfängliche Rechtsprechung des Supreme Court gegenüber der New Deal-Gesetzgebung⁴ entstanden war, erspart geblieben. Das BVerfG hat in einer langen Reihe von Entscheidungen⁵ mancher Ermunterung durch die Verfassungsrechtslehre, dem Gesetzgeber engere Grenzen zu ziehen, den Grundsatz aufgestellt und durchgehalten, daß das Grundgesetz dem Gesetzgeber die sachgerechte Ordnung, Gestaltung und Lenkung der wirtschaftlichen Zustände und Vorgänge überlassen habe, ohne sein politisches „Ermessen“ dabei auf eine besondere und inhaltlich bestimmte „Wirtschaftsverfassung“ zu

¹ Federalist No. 78.

² Über die Demokratie in Amerika, 1. Band, I, 6, und II, 8.

³ Für die wirtschaftsrechtliche Rechtsprechung des Supreme Court eindrucksvoll und detailliert geschildert von *Ehmke*, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961.

⁴ *Z. B. U. S. v. Butler* (297 U. S. 1, 1936).

⁵ Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien genannt: BVerfGE 4, S. 7 (Investitionshilfegesetz); 7, S. 377 (Apotheken-Urteil); 8, S. 71 (Anbauregelung für Weinreben); 8, S. 274 (Preisgesetz); 10, S. 89 (Erft-Verband); 11, S. 168 (Pers-BefG); 12, S. 354 (Volkswagenwerk-Privatisierung); 13, S. 97 (HandwO); 13, S. 331 (GewStG); 14, S. 263 (Feldmühle-Urteil); 15, S. 235 (IHK-Gesetz); 16, S. 147 (Werkfernverkehr); 17, S. 210 (Wohnungsbau-Prämiengesetz); 18, S. 315 (Milchmarktordnung); 19, S. 101 (Zweigstellensteuer); 19, S. 119 (Kuponsteuergesetz); 19, S. 330 (EHG); BVerfG NJW 1967, S. 147 (UStG); BVerfG JZ 1967, S. 251 (GrdstVG).

Vgl. auch die folgenden Berichte: *Nipperdey*, *Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz*, 3. Aufl., 1965 (zuerst unter dem Titel: *Wirtschaftsverfassung und Bundesverfassungsgericht*); *Gebhard Müller*, *Bundesverfassungsgericht und Wirtschaftsverfassungsrecht*, JJB 2 (1961/62), S. 17; *Echterhölter*, BB 1962, S. 265; *Kutscher*, in: *Staat und Wirtschaft in der Rspr. des BVerfG*, in: *Staat und Wirtschaft im nationalen und internationalen Recht*, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 22, 1964, S. 224; *Wittkämper*, *Bundesverfassungsgericht und Wirtschaftsrecht*, *Betrieb. Beilage Nr. 9/65*; *Echterhölter*, BB 1965, S. 1365; *Köble*, NJW 1966, S. 473.

verpflichten. Diese Grundlinie hat, trotz aller Kritik an einzelnen Entscheidungen, weithin Beifall gefunden⁶ und ist darüber hinaus sogar als „Tat für die Freiheit“ begrüßt worden⁷.

I

Die schlagwortartig mit der These „wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes“ bezeichnete Auffassung des BVerfG beruht auf bestimmten Annahmen über die von der Verfassung gebotenen und zugelassenen Staatsaufgaben und über die von der Verfassung nur in einzelnen Hinsichten begrenzte Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers.

1. Als „leitendes Prinzip“ aller Maßnahmen des sozialen Rechtsstaates ist der *Fortschritt zur sozialen Gerechtigkeit* anzusehen⁸. Daraus folgt die Absage an „schrakenlose Freiheit“, deren schädliche Auswirkungen, etwa die Ausnutzung der Arbeitskraft zu unwürdigen Bedingungen und bei unzureichendem Lohn, zu unterbinden sind, und der Auftrag, die Gleichheit fortschreitend bis zu dem vernünftigerweise zu fordernden Maße zu verwirklichen⁹. Wie die Steuerpolitik ist auch die Wirtschaftspolitik stets zugleich „Gesellschaftspolitik“, die die schwächeren Schichten der Bevölkerung schont und schützt¹⁰. Das BVerfG leitet die Notwendigkeit einer sozialgestaltenden Wirtschaftspolitik aber nicht nur aus der Idee des sozialen Rechtsstaates ab, sondern auch aus der Eigenart der industriellen Gesellschaft, in der auch die allgemeine Staatspolitik in weitem Maße von wirtschaftlichen Vorgängen und Entwicklungen bestimmt werde¹¹.

Das sozialstaatliche Staatsziel bestimmt und begrenzt die Zwecke, zu deren Erfüllung das freie Spiel der Kräfte durch wirtschaftspolitische Lenkungsmaßnahmen korrigiert werden darf¹². In diesem Rahmen ist es eine Sache politischer Entscheidung, aus welchen Gründen und mit

⁶ *Ballerstedt*, Art. Wirtschaftsverfassung, Ev. Staatslexikon, 1966, Sp. 2571; *Götz*, Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966, S. 256 f.; *Rinck*, Wirtschaftsrecht, 1963, S. 34; *Scheuner*, Verfassungsrechtl. Grundlagen der staatl. Wirtschaftspolitik, 1963, S. 30; BVerwGE 17, S. 306 (308).

⁷ *Herbert Krüger*, Von der reinen Marktwirtschaft zur Gemischten Wirtschaftsverfassung, 1966, S. 15.

⁸ BVerfGE 5, S. 85 (198).

⁹ BVerfGE 5, S. 85 (206). – Zu dem hier bestehenden Spielraum des Gesetzgebers vgl. BayVerfGH DÖV 1966, S. 793.

¹⁰ BVerfGE 13, S. 331 (345 f.).

¹¹ BVerfGE 15, S. 235 (240).

¹² Vgl. BVerfGE 19, S. 101 (114). In BVerfGE 4, S. 7 (13) ist aus der Kompetenznorm des Art. 74 Nr. 11 GG auch die materielle Aussage entnommen, daß der Gesetzgeber ordnend und lenkend in das Wirtschaftsleben eingreifen dürfe.

welcher Zielsetzung wirtschaftsverwaltungsrechtliche Interventionen erfolgen sollen, welche Zwecke also die wirtschaftspolitische Gesetzgebung verfolgen darf. Auf diesem Boden ist es als verfassungsrechtlich unbedenklich angesehen worden, die Förderung der Wirtschaft im weitesten Sinne zum Rang einer besonders wichtigen Staatsaufgabe zu erheben¹³, Währungsstabilisierung und Konjunkturdämpfung durch Abschwächung des Kapitalimports zu erstreben¹⁴, im Interesse des Mittelstandsschutzes die wirtschaftlich weniger leistungsfähigen Betriebe konkurrenzfähig zu erhalten¹⁵, zur Sicherung der Ernährung und zur Förderung der Landwirtschaft durch Verbesserung der Qualität des Weines den Anbau von Weinreben zu lenken¹⁶ und schließlich allgemein die soziale Stabilität zu stärken¹⁷. Die gesellschaftspolitische Dimension der Wirtschaftspolitik wird in der Aussage deutlich, daß die Förderung der Verbindung von Arbeitseinsatz und Kapitalbeteiligung, insbesondere bei der Kapitalgesellschaft, durch die Verfassungsidee des sozialen Rechtsstaates gefordert werde¹⁸.

2. a) Wenn auch dem von der Verfassung gesetzten Staatsziel des Sozialstaates eine gewisse inhaltliche Richtlinie als Maßstab für die verfassungsrechtliche Überprüfung wirtschafts- und gesellschaftspolitischer Maßnahmen entnommen werden kann, so ist doch die determinierende Kraft dieses Verfassungssatzes nicht sehr groß. Die Verfassungsidee des Sozialstaates ist ein „der konkreten Ausgestaltung in hohem Maße fähiges und bedürftiges Prinzip“¹⁹. Diese Ausgestaltung obliegt im wesentlichen dem Gesetzgeber²⁰, dessen „wirtschaftspolitischer Entscheidungsfreiheit“²¹ ein „weiter Raum für freie Gestaltung“ verbleibt, innerhalb dessen er Maß und Art der im Interesse des Gemeinwohls notwendigen oder doch vertretbaren Eingriffe in die Freiheit zu bestimmen hat²². Die *Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers* erschöpft sich nicht darin, in den Wertvorstellungen der Gesellschaft „vorgegebene“ Inhalte des Gemeinwohls in einer für zweckmäßig gehaltenen Weise zu verwirklichen. Das BVerfG hat besonders deutlich im Beschluß über den großen Befähigungsnachweis in der HandwO²³ ausgesprochen, daß es dem

¹³ BVerfGE 15, S. 235 (240).

¹⁴ BVerfGE 19, S. 119 (125).

¹⁵ BVerfGE 19, S. 101 (114). – Vgl. auch BVerwGE 12, S. 140 (150).

¹⁶ BVerfGE 8, S. 71 (80). Hier ist zur Rechtfertigung eine Kompetenznorm herangezogen (Art. 74 Nr. 17 GG).

¹⁷ BVerfGE 13, S. 97 (112).

¹⁸ BVerfGE 13, S. 331 (346). Vgl. auch BVerfGE 13, S. 97 (112) („Ausgewogenheit von Kapital und Arbeit“).

¹⁹ BVerfGE 5, S. 85 (198).

²⁰ BVerfGE 8, S. 274 (328 f.).

²¹ BVerfGE 12, S. 354 (364).

²² BVerfGE 10, S. 354 (370 f.); BVerfG JZ 1967, S. 251.

²³ BVerfGE 13, S. 97 (107).

Gesetzgeber zukommt, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen und Ziele zu entscheiden, welches Interesse als Gegenstand des Gemeinwohls zu gelten hat. Das Gericht hat sich damit zu der Auffassung bekannt, daß das Gemeinwohl seinen Inhalt erst aus der Entscheidung des Gesetzgebers empfängt und nicht eine festliegende, vom Gesetzgeber nur richtig zu erkennende Größe ist. Die politische Entscheidung des Gesetzgebers über das, was für einen Regelungsbereich dem Gemeinwohl entspricht, ist nur insoweit gebunden, als sie nicht „offensichtlich fehlsam oder mit der Wertordnung des Grundgesetzes unvereinbar“ sein darf. Eine andere und engeren verfassungsrechtlichen Anforderungen unterworfenen Frage ist es, ob eine in Verfolgung des so konkretisierten Gemeinwohls bewirkte Grundrechtseinschränkung zulässig ist. Das betrifft nicht mehr das politische Ziel, sondern den zu seiner Verwirklichung eingeschlagenen Weg.

Die geschilderte Auffassung über die legislatorische Kompetenz zur Bestimmung des Gemeinwohls ist zwar im Zusammenhang mit der Auslegung und Anwendung des Art. 12 Abs. 1 GG entwickelt worden, doch stellt sie eine allgemeine und von dem Grundrecht der Berufsfreiheit losgelöste Aussage dar. Es liegt auf derselben Linie, wenn das BVerfG die Entscheidung über die Privatisierung rein erwerbswirtschaftlicher Unternehmen der öffentlichen Hand mangels eines ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Verbots dem „Ermessen“ der zuständigen Organe anheim gibt²⁴. Die Festlegung der Wirtschafts- und Sozialpolitik sowie die Wahl der einzusetzenden Mittel und Gestaltungsformen ist nicht ein justiziell kontrollierbarer Subsumtionsvorgang, sondern die Aufgabe des politischen Prozesses, der – in der Entscheidung des Gesetzgebers gipfelnd – die Auseinandersetzung der beteiligten Interessen und Meinungen ermöglichen soll. Der Grundsatz der wirtschaftspolitischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers hat somit seine eigentliche Rechtfertigung in der demokratischen Idee. Die Art und Weise der sozialstaatlichen Gesellschaftsgestaltung kann in der Demokratie nur in ständiger Auseinandersetzung aller an der Gestaltung des sozialen Lebens beteiligten Menschen und Gruppen ermittelt werden²⁵, so daß das Parlament vermöge seiner demokratischen Legitimität das allein berufene Organ der Wirtschaftspolitik ist.

Dem Gesetzgeber kann der Vorwurf verfassungswidrigen Handelns

²⁴ BVerfGE 12, S. 354 (363). – Dazu von Münch, ZHR 129 (1966), S. 31 (39); Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, S. 412 f.

²⁵ BVerfGE 5, S. 85 (198).

nicht einmal dann gemacht werden, wenn ihm bei einem komplizierten Regelungsgegenstand des Wirtschaftslebens unzutreffende wirtschaftliche Prognosen unterlaufen, die Regelung mit einzelnen Ungereimtheiten behaftet ist oder überhaupt ohne nennenswerten Erfolg bleibt²⁶, es sei denn, der gewählte Weg wäre von vornherein objektiv untauglich gewesen²⁷. Dem Gesetzgeber muß notwendig auch ein hinreichender zeitlicher Spielraum zugestanden werden, um eine genügende Erfahrung zu gewinnen²⁸ oder um eine zunächst unbefriedigende gesetzgeberische Lösung durch eine bessere zu ersetzen²⁹.

b) Im Rahmen der *bundesstaatlichen Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen* hat das Grundgesetz den Bund umfassend mit Zuständigkeiten zu wirtschaftspolitischer Gesetzgebung ausgestattet. Der Bund besitzt für einzelne Bereiche teils ausschließliche (Art. 73 Nr. 4, 5, 6, 9 GG), teils konkurrierende (Art. 74 Nr. 1, 11 a, 15, 16, 17, 18, 20 GG) Zuständigkeiten sowie allgemein für das „Recht der Wirtschaft“ (Art. 74 Nr. 11 GG) die konkurrierende Kompetenz zur Gesetzgebung. Das Ordnungsprinzip, das die Kompetenzverteilung des Grundgesetzes im Bereich der wirtschaftlich bedeutsamen Gesetzgebung beherrscht, das hier klar ersichtliche Verfassungsziel ist es, die Wirtschaftseinheit innerhalb der Bundesrepublik zu wahren (vgl. Art. 72 Abs. 2 Nr. 3 GG)³⁰.

Die Materie „Recht der Wirtschaft“ ist im weiten Sinn zu verstehen³¹. Darunter fallen Gesetze, die ordnend und lenkend in das Wirtschaftsleben eingreifen³², alle das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regelnden Normen, die sich in irgendeiner Form auf die Erzeugung, Herstellung und Verteilung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs beziehen³³. Der Bund darf preisrechtliche Bestimmungen erlassen³⁴, das Kreditwesen³⁵, die Errichtung von Apotheken³⁶ und den Ladenschluß³⁷ regeln. Das „Recht der Wirtschaft“ umfaßt auch das Handwerksrecht; die Kompetenz des Bundes ergreift das ganze Handwerk, jeden einzelnen Zweig entsprechend seiner Eigenart in vollem Umfang; gehören zu dieser Eigenart auch eine Altersgrenze und eine dieser angepaßte Altersversorgung, so können auch sie vom Bund geregelt werden³⁸.

c) Gegenstand verfassungsgerichtlicher Prüfung sind sehr verschiede-

²⁶ BVerfGE 12, S. 354 (363); 18, S. 315 (332, 337, 341).

²⁷ BVerfGE 16, S. 147 (181, 187).

²⁸ BVerfGE 16, S. 147.

²⁹ BVerfG NJW 1967, S. 147. – Vgl. *Rupp*, JuS 1963, S. 469.

³⁰ BVerfGE 16, S. 306 (322 f.).

³¹ BVerfGE 5, S. 25 (28 f.).

³² BVerfGE 4, S. 7 (13).

³³ BVerfGE 8, S. 143 (148 f.).

³⁴ BVerfGE 8, S. 274 (294).

³⁵ BVerfGE 14, S. 197 (213).

³⁶ BVerfGE 5, S. 25 (28 f.).

³⁷ BVerfGE 13, S. 230 (233).

³⁸ BVerfGE 1, S. 264 (272).

denartige gesetzliche Regelungen des Wirtschaftslebens gewesen. Neben gewerberechtlichen Vorschriften über die Berufszulassung und -ausübung³⁹ sind Bestimmungen über Außenwirtschaftsrecht⁴⁰, über Verwaltungsmonopole⁴¹, über Marktordnungen⁴² und über Zwangsgliederschaften in öffentlich-rechtlichen Körperschaften⁴³ sowie einige sonstige wirtschaftsverwaltungsrechtliche Maßnahmen⁴⁴ an der Verfassung gemessen worden. Das Feldmühle-Urteil⁴⁵ hat die Aufmerksamkeit darauf gelenkt, daß auch das Privatrecht als Medium der Wirtschaftsgestaltung dient. Das Gesetz als Instrument der Sozialgestaltung⁴⁶, d. h. die sozialstaatliche Evolution der Gesellschaft durch ihr Organ, den Gesetzgeber, wird als eine allgemeine, von der Rechtsform unabhängige Kategorie faßbar.

Verhältnismäßig häufig hatte das BVerfG Steuergesetze zu beurteilen, die die *Besteuerung mit wirtschaftspolitischen Nebenzwecken* verbunden haben⁴⁷. Die Besteuerungsfunktion des Staates ist zugleich ein legitimes Mittel der Wirtschaftslenkung⁴⁸. Der Gesetzgeber darf sich bei der Erschließung von Steuerquellen, wobei er eine weitgehende Gestaltungsfreiheit besitzt, über fiskalische Erwägungen hinaus von übergeordneten wirtschafts- und währungspolitischen Zielen leiten lassen⁴⁹. Daß ein steuerrechtlicher Eingriff vorwiegend einen wirtschaftspolitischen Zweck verfolgt, begründet also nicht den Vorwurf des verfas-

³⁹ Z. B. BVerfGE 7, S. 377 (Apotheken-Urteil); 9, S. 39 (Mindestmilchmenge); 9, S. 73 (Apothekenmonopol); 11, S. 168 (PersBefG); 13, S. 97 (HandwO); 14, S. 19 (Warenautomaten); 17, S. 232 (Apotheken-Mehrbetrieb); 19, S. 330 (EHG).

⁴⁰ BVerfGE 12, S. 281 (Devisenbewirtschaftung); 18, S. 353 (Interzonenhandel).

⁴¹ BVerfGE 1, S. 264 (Kehrmonopol); 14, S. 105 (Branntweinmonopol); BVerfG JZ 1967, S. 309 und 312 (Arbeitsvermittlungsmonopol).

⁴² BVerfGE 18, S. 315 (Milchmarktordnung).

⁴³ Z. B. BVerfGE 10, S. 89 (Erft-Verband); 10, S. 354 (Zwangsversorgung für Ärzte); 15, S. 235 (IHK-Gesetz).

⁴⁴ Z. B. BVerfGE 4, S. 7 (InvestitionshilfeG); 8, S. 71 (Weinrebenanbau- lenkung); 8, S. 274 (PreisG); 9, S. 63 (Getreidebewirtschaftungsrecht).

⁴⁵ BVerfGE 14, S. 263.

⁴⁶ Drath, Der Gesetzesbegriff in den Rechtswissenschaften, Studium Generale 19 (1966), S. 679 (685).

⁴⁷ Insb. BVerfGE 7, S. 282 (Zusatzbesteuerung für mehrstufige Unternehmen); 13, S. 181 (Schankerlaubnissteuer); 16, S. 147 (Werkfernverkehr); 19, S. 101 (Zweigstellensteuer); 19, S. 119 (Kuponsteuergesetz). – Zur Rspr. des BVerfG auf dem Gebiet des Steuerrechts ist auf folgende Berichte zu verweisen: Friedrich Klein, Die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Finanz- und Steuerfragen, I, 1959, und II, 1962; Spanner, Betrieb, Beilage Nr. 8/65; W. Weber, AöR 90 (1966), S. 452; Echterhölter, BB 1966, S. 45; Wacke, Steuerberaterjahrbuch 1966/67, S. 75 (95 ff.).

⁴⁸ BVerfGE 13, S. 331 (345 f.); 19, S. 101 (114).

⁴⁹ BVerfGE 13, S. 181 (202 f.); 19, S. 119 (125).

zungswidrigen Formenmißbrauchs. „Von einem solchen Mißbrauch wäre allenfalls zu sprechen, wenn das Steuergesetz dem ihm begrifflich zukommenden Zweck, Steuereinnahmen zu erzielen, geradezu zuwiderhandelte, indem es ersichtlich darauf ausginge, die Erfüllung des Steuertatbestandes praktisch unmöglich zu machen, also in diesem Sinne eine erdrosselnde Wirkung auszuüben“⁵⁰. Während Ordnungssteuern unbeschadet ihrer Nebenzwecke der Befriedigung des öffentlichen Finanzbedarfs dienen, so daß sie der Kompetenzverteilung des Finanzverfassungsrechts unterworfen bleiben, wenn sie auch in inhaltlicher Hinsicht als wirtschaftslenkende Akte zu behandeln sind, haben Ausgleichsabgaben keinen Steuercharakter, da sie dem Ertragsausgleich innerhalb der privaten Wirtschaft dienen: sie sind „wirtschaftslenkende Maßnahmen besonderer Art“ und unterliegen der allgemeinen Kompetenzordnung⁵¹.

In erheblich geringerem Maße als mit Maßnahmen der Wirtschaftslenkung hatte sich das BVerfG mit Erscheinungen der *Leistungsverwaltung* zu beschäftigen⁵². Das Sozialstaatsprinzip ermächtigt nicht zu beliebiger Sozialgestaltung, die das Gebot der Gleichheit auflösen würde⁵³. Der Gesetzgeber besitzt aber im Bereich der darreichenden (gewährenden) Staatstätigkeit „größere Gestaltungsfreiheit als innerhalb der Eingriffsverwaltung“⁵⁴. Wenn der Gesetzgeber aus freier Entschließung durch finanzielle Zuwendungen ein bestimmtes Verhalten der Bürger fördert, das ihm aus wirtschafts-, sozial- oder gesellschaftspolitischen Gründen erwünscht ist, kann er über Ausmaß, Einsatz und Verteilung der Mittel „weitgehend frei“ entscheiden⁵⁵.

Art und Weise der Förderung müssen auf vernünftigen Gründen beruhen, d. h. der Gesetzgeber darf nicht zu willkürlichen Privilegierungen und Diskriminierungen übergehen und muß den Kreis der Begünstigten sachgerecht abgrenzen⁵⁶. Aus diesen Erwägungen des BVerfG läßt sich ablesen, daß bei einer aus allgemeinen Steuermitteln bewirkten Subventionierung der allgemeine Gleichheitssatz, bei dessen Handhabung

⁵⁰ BVerfGE 16, S. 147 (161); Anm. *Fromm*, FR 1963, S. 279. – Vgl. *Bellstedt*, Verfassungsrechtl. Grenzen der Wirtschaftslenkung durch Steuern, 1962; *Friauf*, Verfassungsrechtl. Grenzen der Wirtschaftslenkung und Sozialgestaltung durch Steuergesetze, 1966 (dazu *Neumark*, FinArch 25 [1966], S. 476).

⁵¹ BVerfGE 18, S. 315 (328 f.). – Vgl. *Götz*, AöR 85 (1960), S. 200.

⁵² BVerfGE 12, S. 354 (Volkswagenwerk-Privatisierung); 17, S. 210 (Wohnungsbau-Prämienengesetz).

⁵³ BVerfGE 12, S. 354 (367).

⁵⁴ BVerfGE 17, S. 210 (216 f.). – Diese Formel, deren praktische Bedeutung sich bei der Anwendung des Gleichheitssatzes zeigt, betont die Rolle des Gesetzgebers bei der Redistribution des Sozialprodukts und der Abgrenzung individueller Daseinsverantwortung (vgl. *Badura*, JZ 1967, S. 60).

⁵⁵ BVerfGE 17, S. 210 (216 f.).

⁵⁶ BVerfGE 12, S. 354 (367).

die „besonderen Wertentscheidungen“ der Verfassung, wie Art. 6 Abs. 1 GG, zu beachten sind, die Verwirklichung der sozialstaatlichen Ziele als verfassungsrechtliches Regulativ bestimmt. Demgegenüber wird die verfassungsrechtliche Kontrolle der Gesetze, die die gewerbepolizeiliche und wirtschaftslenkende Eingriffsverwaltung fundieren, durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beherrscht.

3. Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung läßt sich bei der Ermittlung der verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung durch das Axiom des „gesetzgeberischen Ermessens“⁵⁷, der „wirtschaftspolitischen Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers“⁵⁸, leiten. Dieser Grundsatz setzt die Annahme voraus, daß die Wirtschaftsordnung nicht durch die Verfassung festgelegt ist, sondern der Disposition des Parlaments unterliegt, d. h. der Disposition der im Parlament wirkenden politischen Gruppen, Interessen und Vorstellungen. Die Sozialstaatsidee gibt dieser Gestaltungschance eine Richtlinie und die rechtsstaatlichen Grundsätze und Garantien schließen bestimmte Zwecke und Mittel ihrer Verwirklichung aus.

Diese Sicht äußert sich in einer Formulierung wie der, daß eine Regelung sich „im Rahmen einer nach dem Grundgesetz möglichen, daher allein vom gesetzgeberischen Ermessen bestimmten Wirtschafts-, Sozial- und Gesellschaftspolitik“ halte⁵⁹. Das Gericht benutzt zur Bezeichnung des verfassungsrechtlich nicht determinierten Spielraums des Gesetzgebers und zugleich der Reichweite des richterlichen Prüfungsrechts die Unterscheidung von (Verfassungs-)Recht und (Wirtschafts-)Politik. So wird dem Einwand, die Zusatzbesteuerung in der Textilwirtschaft verletze den Grundsatz der Konkurrenz- und Konzentrationsneutralität, der ein grundsätzliches Erfordernis der Umsatzsteuer als einer allgemeinen Verbrauchsabgabe sei, mit dem Argument begegnet, daß es sich dabei um eine Frage der Wirtschaftspolitik handle⁶⁰. In dem Beschluß über das Branntweinmonopol wird gesagt, die Entscheidungen darüber, ob die Steuerung der Branntweinerzeugung über den Preis durch einen Überbrandabzug oder in anderer Weise erfolgen solle, und darüber, welchem der möglichen Systeme der Branntweinbesteuerung und Erzeugungsregulierung der Vorzug zu geben sei, seien wirtschaftspolitischer Natur und gehörten deshalb zu dem Bereich gesetzgeberischer Gestaltungsfreiheit⁶¹. An anderer Stelle werden verschiedene Einwendungen gegen eine Pflichtversicherung eines freien Berufs – sie sei mit

⁵⁷ BVerfGE 4, S. 7 (18).

⁵⁸ BVerfGE 12, S. 354 (364).

⁵⁹ BVerfGE 13, S. 97 (110).

⁶⁰ BVerfGE 12, S. 341 (347).

⁶¹ BVerfGE 14, S. 105 (117, 118). – Ähnlich in BVerfGE 17, 232 (242 f.) für die gesundheitspolitische Entscheidung, daß das Apothekenwesen an der Vorstellung des „Apothekers in seiner Apotheke“ zu orientieren sei.

einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung nicht vereinbar, der Sozialstaatsgedanke sei hier überspannt, das erstrebte Ziel hätte auch mit anderen Mitteln erreicht werden können – in dem Sinn als rechts- und wirtschaftspolitisch bezeichnet, daß sie dazu dienen könnten, die Entschließungen des Gesetzgebers im Bereich des ihm hier zustehenden Raumes für freie Gestaltung zu beeinflussen; für die verfassungsrechtliche Beurteilung genüge die Feststellung, daß der Gesetzgeber nicht aus dem Bereich des ihm eingeräumten Ermessens herausgetreten sei und daß er Verfassungsgrundsätze nicht verletzt habe⁶². Das BVerfG habe nicht darüber zu entscheiden, ob eine gesetzgeberische Maßnahme dieser Art sozial- und gesellschaftspolitisch erwünscht, zweckmäßig oder gar notwendig sei⁶³.

Die sich in dieser Rechtsprechung des BVerfG abzeichnende verfassungstheoretische Grundanschauung ist zugleich von herrschaftssoziologischem Realismus und von demokratischem Idealismus getragen. Sie wendet sich sowohl gegen die Rousseausche Ideologie, wonach mit der Verwirklichung der Demokratie politisch dezidierende Herrschaft verschwinden werde, als auch gegen die liberale Ideologie, wonach sich der politische Prozeß weitgehend verrechtlichen lasse. Die konstitutionelle Demokratie besteht aus einer egalitär kontrollierten und legitimierten, rechtsstaatlich disziplinierten und beschränkten und sozialstaatlich verpflichteten Ausübung von Herrschaft. Diese Herrschaft übt in der in einem konstitutionell-demokratischen Staat verfaßten Gesellschaft das gesetzgebende Parlament aus, soweit es sich um die Gestaltung der Rechtsordnung handelt. Damit ist gesagt, daß die politische Entscheidung des Gesetzgebers ihre Legitimität durch den demokratischen Prozeß der politischen Willensbildung und nicht durch eine legalistische Ableitung aus der Verfassung empfängt. Gesetzgebung ist nicht „Anwendung“ oder „Vollzug“⁶⁴ der Verfassung, sondern verfassungsrechtlich begrenzte schöpferische Entscheidung über die Ordnung der Gesellschaft und des Rechts⁶⁵.

Die Unterscheidung von Recht und Politik kann unter den gesellschaftlichen und staatsrechtlichen Bedingungen des demokratischen und

⁶² BVerfGE 10, S. 354 (370 f.). – Ähnlich BVerfG JZ 1967, S. 251 für eine agrarpolitische Maßnahme.

⁶³ BVerfGE 12, S. 319 (323).

⁶⁴ So Marcic, Verfassung und Verfassungsgericht, 1963, S. 40.

⁶⁵ Vgl. Herbert Krüger, Verfassungswandlung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Festgabe für Smend, 1962, S. 151 (157); Scheuner, Das Wesen des Staates und der Begriff des Politischen in der neueren Staatslehre, ebd., S. 225 (260); Badura, Das Verwaltungsmonopol, 1963, S. 313 ff. (hierzu die Kritik von Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 133 Anm. 80).

sozialen Rechtsstaates nur bedeuten, daß der verfassungsrechtlich gebundene Gesetzgeber im Rahmen der Verfassung, aber ohne auf eine besondere verfassungsrechtliche „Ermächtigung“ angewiesen zu sein⁶⁶, die rechtliche Ordnung und Regelung des Wirtschaftslebens kraft seiner demokratischen Legitimität und vermöge seiner politischen Gestaltungsfreiheit bewirkt. Ein Ermächtigungszusammenhang, wie zwischen Parlament und rechtsetzender Exekutive (Art. 80 Abs. 1 GG), besteht zwischen Verfassung und Gesetzgeber nicht; denn anders als hinter der Rechtsordnung steht hinter der Verfassung ein stets aktionsfähiger Körper der Willensbildung nicht. „Im Verhältnis zwischen Verfassung und Gesetz handelt es sich nicht um eine Delegation; vielmehr ist der (einfache) Gesetzgeber das ‚geborene‘ und natürliche Organ der Rechtsetzung.“⁶⁷ Die geringe normative Kraft des Sozialstaatssatzes kann nur in geringem Maße eine justiziable Verpflichtung des Gesetzgebers erzeugen; insofern ist dieses Prinzip nicht ein Verfassungsauftrag im strengen Sinn, sondern ein direktives Programm⁶⁸. Art. 15 GG enthält keinen Verfassungsauftrag zur Sozialisierung, sondern nur eine Ermächtigung an den Gesetzgeber; er enthält auch kein Gebot, alles zu unterlassen, was eine künftige Sozialisierung erschweren könnte⁶⁹.

4. Der Grundsatz der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, der die politische Auseinandersetzung und Entscheidung der Gesellschaft über ihre Ordnung durch das Gesetzgebungsorgan ihres Staates ermöglicht, ist die Prämisse der vom BVerfG seit dem Urteil über das Investitionshilfegesetz festgehaltenen Auffassung von der „*wirtschaftspolitischen Neutralität*“ des Grundgesetzes⁷⁰. Diese Auffassung ist nichts anderes als die Konkretisierung des Grundsatzes der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit gegenüber der Behauptung, daß der Zusammenschau der einzelnen einschlägigen Rechtssätze und Garantien der Verfassung die Institutionalisierung einer bestimmten Wirtschaftsordnung, eine „Wirtschaftsverfassung“⁷¹, zu entnehmen sei. Die Lehren von einer „Wirt-

⁶⁶ Zum Erlaß des Investitionshilfegesetzes bedurfte es nicht wegen besonderer Intensität des Eingriffs einer ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Ermächtigung (BVerfGE 4, S. 7 [15]).

⁶⁷ BVerfGE 15, S. 126 (138 f.). – Der demokratische Gesetzgeber braucht sich die geschichtliche Erfahrung des ungeheueren Mißbrauchs der Rechtsetzungsfunktion durch das Dritte Reich nicht entgegenhalten zu lassen. Denn die Rechtserzeugung dieses Regimes fand nicht unter den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen der parlamentarischen Demokratie statt, nur auf diese Voraussetzungen aber ist die Lehre von der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bezogen.

⁶⁸ Vgl. *Lerche*, AöR 90 (1965), S. 341. ⁶⁹ BVerfGE 12, S. 354 (363 f.).

⁷⁰ BVerfGE 4, S. 7 (17 f.); 7, S. 377 (400); 12, S. 341 (347); 14, S. 19 (23); 14, S. 263 (275).

⁷¹ So ist es die These *Nipperdeys* (Soziale Marktwirtschaft und Grund-

schaftsverfassung“ des Grundgesetzes gehen zwar darüber auseinander, was als Inhalt der „Wirtschaftsverfassung“ zu gelten habe, stimmen aber darin überein, daß sie den Gesetzgeber auf die Entfaltung der „Wirtschaftsverfassung“ beschränken.

Gegen diese die evolutionäre Funktion des Gesetzgebers zu gering veranschlagende Domestizierung der legislatorischen Wirtschaftspolitik ist die Argumentation des BVerfG gerichtet. Das Grundgesetz ist danach in dem Sinn neutral, daß der Gesetzgeber jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen darf, sofern er dabei das Grundgesetz, nämlich die allgemeinen Verfassungsprinzipien des sozialen Rechtsstaates, und die Grundrechte beachtet. Das Grundgesetz zeigt eine weitgehende Zurückhaltung in Fragen der Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsgestaltung und hat sich nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden. Es garantiert nicht die wirtschaftspolitische Neutralität der Regierungs- und Gesetzgebungsgewalt, eine nur mit „marktkonformen“ Mitteln zu steuernde „soziale Marktwirtschaft“ oder die Beibehaltung einer bestimmten staatlichen Wirtschaftspolitik oder der gegebenen Wirtschaftsordnung. Der Gesetzgeber ist durch die Verfassung nicht an bestimmte wirtschaftspolitische Auffassungen und volkswirtschaftliche Lehrmeinungen gebunden. Der Einwand, ein Gesetz sei nicht wettbewerbsneutral⁷² oder ein gesetzlicher Zwang zur Herbeiführung gleicher Chancen im Wettbewerb sei mit der Marktwirtschaft unvereinbar⁷³, ist daher verfassungsrechtlich bedeutungslos.

Da der Gesichtspunkt der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes lediglich die grundsätzliche Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers hervorhebt, ist damit noch nichts darüber gesagt, welche Grenzen dieser Gestaltungsfreiheit durch die Verfassung gesetzt sind. Auch

gesetz, 3. Aufl., 1965), daß das Grundgesetz die „soziale Marktwirtschaft“ institutionalisiert habe. *E. R. Huber*, DÖV 1956, S. 97 vertritt entgegen der Rspr. des BVerfG von der „Generalmächtigung mit isolierten Einzelbeschränkungen“ die These, daß das Grundgesetz die „institutionelle Garantie einer gemischten Wirtschaftsverfassung“, ein sozialliberales „Ordnungsleitbild des Wirtschafts- und Sozialverfassungsrechts“ festlege. Auch *Ballerstedt* (Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Die Grundrechte, III/1, 1958, S. 1) entwickelt, orientiert an den realen Instituten der Wirtschaftsgesellschaft, eine bestimmte „Wirtschaftsverfassung“ des Grundgesetzes. – Eine eingehende Kritik der Lehren von einer distinkten „Wirtschaftsverfassung“ bei *Ehmke*, *Wirtschaft und Verfassung*, 1961, S. 7 ff. Nicht grundsätzlich ablehnend *Zacher*, *Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung*, in: *Festschrift für Franz Böhm*, 1965, S. 63.

⁷² BVerfGE 12, S. 341 (347).

⁷³ BVerfGE 14, S. 19 (23). – Ähnlich BVerfG JZ 1967, S. 251 für das Vorbringen, bestimmte landwirtschaftsrechtliche Regelungen seien mit einer freien Marktwirtschaft unvereinbar.

wenn die Verfassungsnormen, die diese Grenzen beschreiben, sich nicht zu einer besonderen „Wirtschaftsverfassung“ formieren lassen, so sind sie doch auch in den Augen des BVerfG nicht nur „isolierte Einzelbeschränkungen“⁷⁴. Kennzeichnet der Sozialstaatsatz das dem Gesetzgeber aufgegebenes Programm für seine Wirtschafts-, Sozial- und Gesellschaftspolitik, so kennzeichnet die Verfassungsidee des Rechtsstaates mit ihren vielfältigen Ausprägungen in allgemeinen Grundsätzen und Freiheitsrechten die konstitutionelle Gebundenheit des Gesetzgebers. Die Gestalt aber, die die Rechtsstaatsidee im Grundgesetz gefunden hat, beschränkt sich nicht auf formale Legalitätsanforderungen, sondern begründet durch die vom Gesetzgeber zu achtenden Grundrechte eine sachliche Determinierung der gesetzgeberischen Aktivität. In den Grundrechten ist ein Ensemble von Freiheitsrechten auch für das Wirtschaftsleben gewährleistet. Das BVerfG konnte daher nicht nur von einer prinzipiellen Freiheit des Außenhandels⁷⁵ und von einer grundsätzlich freien Wirtschaft⁷⁶ sprechen, sondern auch allgemein von einer „grundsätzlichen Freiheitsvermutung“ und einem „grundsätzlichen Vorrang des Freiheitsrechts“ bei der Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen des einzelnen und der Gesamtheit⁷⁷. In Äußerungen dieser Art wird man nicht den Einfluß einer „Ideologie der Reinheit“⁷⁸ zu erblicken haben, sondern einen Widerschein des Umstandes, daß das Grundgesetz auf der ideologischen Voraussetzung beruht, daß die demokratische Vergesellschaftung der Privatinitiative und der individuellen Handlungsfreiheit in den Freiheitsrechten eine Grenze haben soll. Zu individualistischer Einseitigkeit würde das nur führen, wenn man die Grundrechte in liberaler Voreingenommenheit als prinzipiell unangreifbare Bastionen des privatwirtschaftlichen Egoismus deuten würde und nicht als auch gesellschaftlich nützliche Garantien der Bedingungen persönlicher Selbstverwirklichung und individueller Tüchtigkeit.

Der verfassungsrechtliche Stellenwert des Gesichtspunkts der „grundsätzlichen Freiheitsvermutung“ in der Rechtsprechung des BVerfG wird nur verständlich, wenn man seinen Zusammenhang mit dem Grundsatz der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers nicht unterdrückt. Die Freiheitsrechte sind keine fixen Bestände von Rechtspositionen, sondern inhaltlicher Ausgestaltung und der Einbettung in den gesellschaftlichen Prozeß

⁷⁴ E. R. Huber, aaO (s. Anm. 71), S. 99.

⁷⁵ BVerfGE 12, S. 281 (293, 295 f.). – Vgl. Lindé, Außenwirtschaftsrechtl. Ermächtigungen und wirtschaftspolitische Leitvorstellungen, in: Institutsfestgabe für Georg Erler, 1965, S. 173.

⁷⁶ BVerfGE 15, S. 235 (240).

⁷⁷ BVerfGE 13, S. 97 (104 f.).

⁷⁸ Herbert Krüger, aaO (s. Anm. 7), S. 30 Anm. 75.

bedürftig. Ob der Gesetzgeber ein Grundrecht verletzt hat, ist, von besonderen Fällen abgesehen, weniger eine Frage der Subsumtion als der wertenden Abwägung. Deswegen erscheinen die Grundrechte in der Sprache des BVerfG so häufig als „wertentscheidende Grundsatznormen“. Das Verfassungsgericht hat daher hier im wesentlichen nur die Möglichkeit, nachzuprüfen, ob der Gesetzgeber bei der in Ausübung seiner grundsätzlichen Gestaltungsfreiheit vorgenommenen Wertung die allgemeinen Wertungsprinzipien der Verfassung hinreichend berücksichtigt hat. Die vom BVerfG aus dem Grundgesetz abgeleitete grundsätzliche Freiheit des Wirtschaftens ist daher nicht mit dem „staatsfreien Raum“ des liberalen Individualismus gleichzusetzen. Eine gesetzliche Regelung etwa, die es möglich macht, aus gesamtwirtschaftlichen und sozialen Gründen die zum Nutzen des allgemeinen Wohls gebotenen preisrechtlichen Maßnahmen zu treffen, entspricht dem Sozialstaatsprinzip, das auch die Vertragsfreiheit inhaltlich bestimmt und begrenzt und dessen Ausgestaltung im wesentlichen dem Gesetzgeber obliegt⁷⁹. Ebenso müssen Grundrechte einzelner Gruppen von Unternehmern hinter die zur Gefahrenbeseitigung notwendigen Maßnahmen zurücktreten, wenn aus einer Unordnung im Verkehrswesen Gefahren für das gesamte wirtschaftliche und soziale Leben entstehen; denn es geht nicht an, sich auf die Selbstregulierung durch die wirtschaftlichen Kräfte zu verlassen⁸⁰.

Der wirtschaftspolitische Gesetzgeber ist somit nicht nur mit der subsidiären Unterstützung des individuellen Freiheitsgebrauchs beauftragt. Er kann und muß auf Grund seiner Vorstellung vom Gemeinwohl die Idee des Sozialstaates durch sachgerechte Ordnung und Lenkung der Wirtschaft in der Gesellschaft zur Wirklichkeit bringen, gebunden an die rechtsstaatlichen Grundsätze und Verbürgungen der Verfassung, besonders an den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, den Gleichheitssatz und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser Sozialgestaltungsauftrag ist allerdings evolutionär und schließt eine Umgestaltung der gesellschaftlichen Struktur im sozialistischen Sinne nicht ein, weil das gegen den „Grundsatz der materiellen Gerechtigkeit“ und gegen das Rechtsstaatsprinzip verstieße⁸¹. Diese Qualifikation nennt den Grenzfall, nicht aber das Gegenbild in einem Gegensatzpaar zweier Alternativen. In ihr kann nicht „zugleich ein positives Bekenntnis des Bundesverfassungsgerichts zur freiheitlichen Wirtschaftsordnung der

⁷⁹ BVerfGE 8, S. 274 (328 f.).

⁸⁰ BVerfGE 16, S. 147 (172). – Nach BVerwGE 17, S. 306 (309) widerspricht ein schrankenloser Wettbewerb dem „Staatsleitbild“ des sozialen Rechtsstaates.

⁸¹ BVerfGE 12, S. 99 (103, 107) (Einkommensteuersystem der DDR). Vgl. auch BVerfGE 11, S. 150 (161) (Wirtschaftsstrafrecht der DDR).

sozialen Marktwirtschaft“⁸² gesehen werden. Das BVerfG hat sich in seinen „substantiellen Entscheidungen“ nicht in Wahrheit zur sozialen Marktwirtschaft als Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes bekannt, indem es die Bindung des Gesetzgebers an das Grundgesetz betonte, und es ist nicht offensichtlich von der Auffassung ausgegangen, daß es nur zwei grundsätzliche Möglichkeiten der Wirtschaftsverfassung gebe, nämlich die Planwirtschaft und die freie Marktwirtschaft⁸³. Die Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung hebt seine Gestaltungsfreiheit nicht auf und kann ihn auch, mangels einer „Wirtschaftsverfassung“ des Grundgesetzes, nicht im Sinne einer solchen festlegen. Es kann sich in einer konstitutionellen Demokratie überhaupt nicht um die Frage handeln, ob der Gesetzgeber verfassungsrechtlich gebunden ist, sondern nur darum, was diese Bindung bedeutet. Diese Bindung wird darum nicht „wertblind bagatellisiert“⁸⁴, wenn man die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers als ihr verfassungsrechtliches Pendant erkennt. Die Gesellschaft, die durch ihr Gesetzgebungsorgan ihre Wirtschaftsordnung gestaltet, wird durch die Verfassung zur Achtung der bürgerlichen Freiheit angehalten, über deren konkreten Inhalt aber das aus dem politischen Prozeß der Demokratie hervorgehende Gesetz, gebunden an die Wertungsrichtlinien und Einzelregelungen der Verfassung, entscheidet.

II

Die verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung bestehen vornehmlich in der Verfassungsidee des sozialen Rechtsstaates und ihren einzelnen Ausprägungen in allgemeinen Grundsätzen und Verbürgungen, besonders dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, dem allgemeinen Gleichheitssatz und dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

1. Der durch den *Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung* begründete Vorbehalt des Gesetzes besagt nicht nur, daß die in Freiheit und Eigentum eingreifende Ausübung von Verwaltung der Rechtsgrundlage in einem Gesetz bedarf, sondern auch, daß diese gesetzliche Ermächtigung eine hinreichende inhaltliche Bestimmtheit aufweisen muß, um die Unterordnung der vollziehenden Gewalt unter den Gesetzgeber und die Berechenbarkeit der Gesetzesausführung sicherzustellen. Dieses Erfordernis ergibt sich für die Ermächtigung zum Erlass von Rechts-

⁸² Nipperdey, aaO (s. Anm. 71), S. 65.

⁸³ Nipperdey, aaO (s. Anm. 71), S. 22 ff., 31.

⁸⁴ Nipperdey, aaO (s. Anm. 71), S. 24.

verordnungen aus Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG⁸⁵, für die Ermächtigung zu Verwaltungsakten der Eingriffsverwaltung unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip⁸⁶. Es ist nicht formalistisch zu verstehen, versieht nicht Ermessenseinräumung, Generalklausel und unbestimmten Rechtsbegriff prinzipiell mit dem Odium rechtsstaatlicher Fragwürdigkeit und setzt eine Berücksichtigung der Eigenart des Regelungsgegenstandes voraus.

In der Rechtsprechung des BVerfG wird das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot den Erfordernissen wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Gesetzgebung entsprechend gehandhabt. Die Grundsätze des Rechtsstaates wehren es dem Gesetzgeber nicht schlechthin, Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden; gerade im Bereich des Wirtschafts- und Steuerrechts kommt der Gesetzgeber nicht ohne sie aus⁸⁷. Das ist durch die Eigenart dieser Materie bedingt, die durch vielfältige und rasch wandelbare Situationen charakterisiert ist, denen gegenüber rasche und den Besonderheiten der Situation angepaßte Reaktionen der Wirtschaftsverwaltung gewährleistet bleiben müssen⁸⁸. Dieser Gesichtspunkt ist in dem Beschluß, der die Verfassungsmäßigkeit des § 2 PreisG feststellte⁸⁹, besonders deutlich herausgearbeitet. Angesichts der geringen Vorhersehbarkeit der sich schnell wandelnden wirtschaftlichen Situationen und angesichts der Unmöglichkeit, im voraus festzulegen, wie im einzelnen versucht werden könnte und sollte, den von Krisen ausgehenden Gefahren für den allgemeinen Preisstand zu steuern, ist dem gesamten Recht der staatlichen Intervention in den Wirtschaftsablauf die Verwendung unbestimmter Begriffe zur Kennzeichnung der Befugnisse der Exekutive geläufig, die allein die notwendigen Regelungen mit der gebotenen Schnelligkeit erlassen kann. „Der Gebrauch allgemein gehaltener Formulierungen ist dann – aber auch nur dann – unbedenklich, wenn sich der Zweck einer solchen Ermächtigung näher begrenzen läßt“. Auf Grund gleichartiger Erwägungen ist es unbedenklich, daß das Branntweinmonopolgesetz es dem Ermessen der Monopolverwaltung anheimgegeben hat, je nach der Erzeugungs- und Marktlage den Überbrandabzug herauf- oder herabzusetzen⁹⁰, und kann es nicht beanstandet werden, wenn sich die öffentliche Bewirtschaftung lebenswichtiger

⁸⁵ Vgl. z. B. BVerfGE 7, S. 282; 8, S. 274; 18, S. 52; 20, S. 257; 20, S. 296.

⁸⁶ Vgl. z. B. BVerfGE 8, S. 274 (325 f.); 13, S. 153; 20, S. 150.

⁸⁷ BVerfGE 13, S. 153 (161).

⁸⁸ BVerfGE 8, S. 274 (311); 9, S. 63 (70 f.); 14, S. 105 (114). Ähnlich BVerwGE 18, S. 336 (dazu *Bachof*, JZ 1966, S. 66). – Vgl. *Krause*, Wirtschaftslenkung und Ermächtigungsstil, Festschrift für A. Hueck, 1959, S. 413; *Linde*, aaO (s. Anm. 75), S. 171 (184 ff.).

⁸⁹ BVerfGE 8, S. 274. – Vgl. *Ridder*, AöR 87 (1962), S. 311; *W. Weber*, DÖV 1957, S. 33.

⁹⁰ BVerfGE 14, S. 105 (114).

Konsumgüter in der Form eines allgemeinen Verfügungsverbots vollzieht, von dem die Verwaltung nach Ermessen Ausnahmen zulassen kann⁹¹.

Die von der Rechtsstaatsidee geforderte *Rechtssicherheit*, die von der Funktion des Gesetzes aus gesehen dessen „Unverbrüchlichkeit“⁹², von den Rechtspositionen der bürgerlichen Freiheit aus gesehen „Vertrauensschutz“⁹³ bedeutet, beschränkt die Fähigkeit des Gesetzgebers zum Erlass rückwirkender Gesetze. Da wirtschaftsordnende und -lenkende Gesetze notwendig die sich entwickelnden Tatbestände des Wirtschaftsprozesses mehr oder weniger, fördernd oder dämpfend, korrigierend oder bekräftigend beeinflussen, äußern sie häufig unechte (retrospektive) Rückwirkung⁹⁴. Das gilt besonders für konjunktur- und währungspolitische Gesetze. Bei derartigen retrospektiven Gesetzen ist eine Abwägung zwischen dem im rückwirkenden Gesetz realisierten öffentlichen Interesse und dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes vorzunehmen. Dabei ist das Vertrauen auf den Bestand einer Regelung nur schutzwürdig, wenn es sachlich gerechtfertigt ist; das BVerfG hat sich mit diesem Kriterium in dem Beschluß über das Kuponsteuergesetz eindringlich für den Bereich wirtschaftslenkender Steuergesetze auseinandergesetzt⁹⁵. Das Vertrauen, der Gesetzgeber werde die aus konjunktur- und währungspolitischen Erwägungen 1930 gewährte Steuerfreiheit für die Zinsen aus festverzinslichen Wertpapieren gebietsfremder Inhaber auch bei einer Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse beibehalten, wurde nicht als gerechtfertigt anerkannt. Nicht einmal die lange Dauer der steuerlichen Begünstigung vermochte unter diesen Umständen die Schutzwürdigkeit der Erwartung zu begründen, daß die Steuerfreiheit unbeeinflußt von der jeweiligen währungs- und konjunkturpolitischen Lage beibehalten werde. Als allgemeiner Satz ist hier aufgestellt, daß der Bürger oder der sich am Rechtsverkehr im Inland beteiligende ausländische Kapitalgeber nicht darauf vertrauen könne, daß bei steuerlichen Vergünstigungen, die auf währungs- und konjunkturpolitischen Erwägungen des Gesetzgebers beruhen, dieser Zustand aufrechterhalten werde. Aus dieser Entscheidung wird man die allgemeinere Aussage entnehmen können, daß ein Vertrauen auf den Fortbestand wirtschaftslenkender Gesetze grundsätzlich nicht schutzwürdig ist, weil

⁹¹ BVerfGE 9, S. 63 (70). – Eine andere Frage ist es, unter welchen Voraussetzungen eine solche Bewirtschaftung überhaupt eingeführt werden darf.

⁹² Klein/Barbey, Bundesverfassungsgericht und Rückwirkung von Gesetzen, 1964.

⁹³ BVerfGE 13, S. 261; 14, S. 288; 18, S. 70; 18, S. 135; 19, S. 98.

⁹⁴ Hierzu Badura, ZgGenW 15 (1965), S. 273.

⁹⁵ BVerfGE 19, S. 119 (127 f.).

es gerade die Eigenart dieser Gesetze ist, auf eine bestimmte Wirtschaftssituation bezogen zu sein.

Verfassungsrechtliche Besonderheiten bei „Maßnahme-Gesetzen“⁹⁶ hat das BVerfG nicht festgestellt. Derartige Gesetze sind als solche weder unzulässig noch unterliegen sie einer strengeren verfassungsrechtlichen Prüfung als andere Gesetze⁹⁷.

2. Der als Maßstab der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes herangezogene *allgemeine Gleichheitssatz* ist in besonders auffälliger Weise für eine juristische „Anwendung“ im Sinne der Subsumtion eines Lebenssachverhalts unter eine bereitliegende und nur zu konkretisierende Norm ungeeignet. Denn als „Bindung“ des Gesetzgebers ist der Gleichheitssatz die Gerechtigkeit selbst, also die Rechtsidee, deren Verwirklichung gerade die Sache des Gesetzgebers ist. Die Verwirklichung der Rechtsidee ist das nach der Verfassung zuerst und bis zu einem gewissen Grad allein dem Gesetzgeber zukommende politische Mandat. In dieser Funktion kann und darf der Richter den von ihm am Maßstab des Verfassungsrechts zu kontrollierenden Gesetzgeber nicht ersetzen. Dieses Verständnis von der verfassungsrechtlichen Abgrenzung der Rollen des Gesetzgebers und des Richters liegt der in der Rechtsprechung des BVerfG oft wiederholten Formulierung zugrunde, daß es bei der Ausübung des richterlichen Prüfungsrechts im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz nicht die Aufgabe des Richters sei, zu prüfen, ob ein Gesetz die gerechteste und zweckmäßigste Regelung seines Gegenstandes getroffen habe, sondern daß es nur darum gehen könne, die Nichtigkeit „willkürlicher“, d. h. solcher Normierungen festzustellen, die durch vernünftige, aus der Natur der Sache sich ergebende Gründe nicht gerechtfertigt sind. Der allgemeine Gleichheitssatz ist nur verletzt, wenn der Gesetzgeber es versäumt, tatsächliche Gleichheiten oder Ungleichheiten der zu ordnenden Lebensverhältnisse zu berücksichtigen, die so bedeutsam sind, daß sie bei einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise beachtet werden müssen. Die Gleichheit oder Ungleichheit von Sachverhalten ist nicht etwas schlechthin Vorgegebenes, sondern bereits das Ergebnis einer wertenden Entscheidung, die der Gesetzgeber vermöge des weiten Spielraums trifft, der ihm bei der Ordnung der Lebensverhältnisse für die Betätigung seines Ermessens bleibt. Der Gesetzgeber kann grundsätzlich selbst diejenigen Sachverhalte auswählen, an die er dieselbe Rechtsfolge knüpfen, die er also im Rechtssinne

⁹⁶ Konrad Huber, Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz, 1963 (Rezension AöR 91 [1966], S. 135).

⁹⁷ BVerfGE 4, S. 7 (18 f.); 10, S. 89 (108). – Dazu Köttgen, AöR 90 (1965), S. 205 (218 ff.); Zeidler, JZ 1960, S. 391.

als „gleich“ ansehen will. Da die Sachverhalte in der Lebenswirklichkeit sich nie völlig gleichen, müssen gewisse Verschiedenheiten stets vernachlässigt werden. Der Gesetzgeber muß aber seine Auswahl sachgerecht treffen. Die Unterschiede dürfen nicht so erheblich sein, daß ihre Außerachtlassung willkürlich ist. Da bei der Anwendung des Gleichheitssatzes die Rücksicht auf die Freiheit des Gesetzgebers besondere Zurückhaltung gebietet, kann eine gesetzliche Regelung nur als willkürlich verworfen werden, wenn ihre Unsachlichkeit evident ist⁹⁸.

Der allgemeine Gleichheitssatz spielt naturgemäß bei der Ausübung des richterlichen Prüfungsrechts gegenüber wirtschaftspolitischen Gesetzen eine hervorstechende Rolle. Die Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte und die Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte gehören gerade zur Eigenart der Wirtschaftslenkung und Sozialgestaltung. Die Gefahr richterlicher Ingerenz in die Funktion der Gesetzgebung ist bei der Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes am deutlichsten gegeben. In überaus sorgfältiger Weise hat das BVerfG in diesem Bereich „judicial self restraint“ geübt, indem es den allgemeinen Gleichheitssatz nur als „Willkürverbot“ verstanden hat. Hierfür sind das Urteil über das Investitionshilfegesetz⁹⁹ und das Urteil über die Milchmarktordnung¹⁰⁰ für die lenkende Verwaltung, das Urteil über die Volkswagen-Privatisierung¹⁰¹ und der Beschluß über das Wohnungsbau-Prämien-gesetz¹⁰² für die leistende Verwaltung bemerkenswerte Beispiele.

Wirtschaftslenkende Gesetze verstoßen nicht schon deshalb gegen den Gleichheitssatz, weil sie die Wettbewerbslage verändern. Sie können auch im Interesse einzelner Gruppen erlassen werden, jedoch nur, wenn dies durch das öffentliche Wohl geboten ist und schutzwürdige Interessen anderer nicht willkürlich vernachlässigt werden¹⁰³. Die von dem BVerfG bei Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes auf Gesetze allgemein geübte Zurückhaltung ist in besonderem Maße angezeigt, wenn es sich um wirtschaftslenkende Maßnahmen innerhalb einer Marktordnung handelt. Die rechtliche Ordnung wird hier weithin durch die Sachgesetzlichkeit des Marktes und die Wirtschaftstechnik bestimmt; sie muß der Entwicklung der wirtschaftlichen Lage folgen. Gesetzgeberische Maßnahmen im Rahmen einer Marktordnung müssen oft in Einzelheiten gehen und sind häufig rein technischer Natur. Es ist grund-

⁹⁸ BVerfGE 1, S. 14 (52); 12, S. 326 (333); 19, S. 101 (115); 19, S. 354 (367 f.); BVerfG NJW 1967, S. 147 (B II 1).

⁹⁹ BVerfGE 4, S. 7. – Forsthoff, BB 1953, S. 421; Hamann, BB 1954, S. 781; Ipsen, AöR 78 (1953), S. 284.

¹⁰⁰ BVerfGE 18, S. 315.

¹⁰¹ BVerfGE 12, S. 354.

¹⁰² BVerfGE 17, S. 210.

¹⁰³ BVerfGE 4, S. 7 (18 f., 24). – Vgl. auch BVerfGE 8, S. 274 (330).

sätzlich nicht Aufgabe des BVerfG, solche vorwiegend wirtschaftsverwaltungsrechtlichen und wirtschaftstechnischen Fragen mit Hilfe umfangreicher Beweisaufnahmen zu klären¹⁰⁴. Die Auswahl der im Rahmen einer Marktordnung zu einer Ausgleichsabgabe heranzuziehenden Produkte ist grundsätzlich dem Ermessen des Gesetzgebers anheimgegeben, das sich am Zweck der Marktordnung zu orientieren hat¹⁰⁵. Im Bereich der darreichenden Verwaltung fordert der Gleichheitssatz, daß der Gesetzgeber den Kreis der Begünstigten sachgerecht abgrenzt¹⁰⁶ und daß er seine Leistungen nicht nach unsachlichen Gesichtspunkten verteilt¹⁰⁷. Sachbezogene Gesichtspunkte aber stehen im weitesten Umfang zu Gebote; solange die Regelung sich auf eine der Lebenserfahrung nicht geradezu widersprechende Würdigung der jeweiligen Lebensverhältnisse stützt und solange sie die besonderen Wertentscheidungen der Verfassung, z. B. Art. 6 Abs. 1 GG, achtet, kann sie verfassungsrechtlich nicht beanstandet werden¹⁰⁸.

Die Vielgestaltigkeit der zu regelnden Lebensverhältnisse und die Notwendigkeit, eine praktikable Regelung zu schaffen, setzt der möglichen Differenzierung durch den Gesetzgeber eine Grenze. Der Gesetzgeber muß typisieren und verstößt durch die Typisierung als solche nicht gegen den Gleichheitssatz¹⁰⁹. In dem Urteil zum Umsatzsteuergesetz¹¹⁰ ist die Zulässigkeit gesetzlicher Typisierung für den Bereich des Steuerrechts näher behandelt; diese Erwägungen dürften auf wirtschaftsverwaltungsrechtliche Gesetze jedenfalls insoweit übertragbar sein, als sie wie Steuergesetze Massenvorgänge des Wirtschaftslebens umfassen. Steuergesetze dürfen typisieren und damit in weitem Umfang die Besonderheiten nicht nur des einzelnen Falles, sondern auch ganzer Gruppen vernachlässigen. Eine gewisse ungleiche wirtschaftliche Auswirkung auf die einzelnen Steuerschuldner und ihre Wettbewerbslage ist daher bei Steuergesetzen unvermeidbar und hinzunehmen. Die wirtschaftlich ungleiche Wirkung einer Regelung auf die Steuerzahler darf ein gewisses Maß nicht übersteigen. Die steuerlichen Vorteile der Typisierung müssen im rechten Verhältnis zu der mit der Typisierung notwendig verbundenen Ungleichheit der steuerlichen Belastung stehen. Nur dann

¹⁰⁴ BVerfGE 18, S. 315 (331 f.).

¹⁰⁵ BVerfGE 18, S. 315 (340).

¹⁰⁶ BVerfGE 12, S. 354 (367).

¹⁰⁷ BVerfGE 17, S. 210 (216 f.).

¹⁰⁸ BVerfGE 17, S. 210 (216 f.). – Vgl. von Münch, AöR 85 (1960), S. 270.

¹⁰⁹ BVerfGE 16, S. 147 (187). – Auch im Bereich des Art. 12 Abs. 1 GG darf der Gesetzgeber durch Festlegung von „Berufsbildern“ typisieren und so die Möglichkeit zu untypischen Betätigungen verschließen (BVerfGE 13, S. 97 [106, 117]; 17, S. 232 [241 f.]).

¹¹⁰ BVerfG NJW 1967, S. 147 (B II 1). – Vgl. auch den Beschluß vom 21. 12. 1966 – 1 BvR 33/64 – zur Lohnsummensteuer, in dem von einer „generalisierenden Regelung“ gesprochen wird (B II 3 a).

ist diese Ungleichheit von den Betroffenen hinzunehmen; nur geringfügige oder nur in besonderen Fällen auftretende Ungleichheiten sind freilich unbeachtlich¹¹¹. Die Zweigstellensteuer stellte sich auch unter Berücksichtigung des Gesichtspunktes der Typisierung als eine Verletzung des Gleichheitssatzes dar. Von Zweigstellenunternehmen geht keine größere Bedrohung des mittelständischen, ortsansässigen Einzelhandels aus als von den anderen Großunternehmen. Die Erfassung nur der Zweigstellenunternehmen läßt sich bei dieser Sachlage nicht rechtfertigen, zumal die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers geringer ist, wenn es sich, wie hier, um eine benachteiligende Typisierung handelt¹¹².

3. Die Wahrung der *freiheitsrechtlichen Verbürgungen* gegenüber dem wirtschaftspolitischen Gesetzgeber nimmt in der Rechtsprechung des BVerfG einen breiten Raum ein. Im Vordergrund stehen dabei die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), die durch grundlegende Entscheidungen des Gerichts¹¹³ klare verfassungsrechtliche Konturen erhalten haben. Hier, wie auch bei den anderen die Ordnung und den Prozeß des Wirtschaftens betreffenden Grundrechten, war die verfassungsgerichtliche Bemühung vornehmlich darauf gerichtet, die beschränkende Wirkung der Grundrechtsnormen für den Inhalt und Grenzen der grundrechtlichen Garantien bestimmenden Gesetzgeber zu verdeutlichen. Angesichts der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers kann es dabei nicht zu einer Beanstandung oder Korrektur der durch ein Gesetz verfolgten wirtschaftspolitischen Ziele selbst kommen, soweit diese der sozialstaatlichen Staatsaufgabe nicht geradezu zuwiderlaufen, sondern nur zu einer Überprüfung des Gesetzes daraufhin, ob das wirtschaftspolitische Ziel ein hinreichendes Gewicht hat, um die erfolgte Freiheitsbeeinträchtigung zu rechtfertigen, und ob die erfolgte Freiheitsbeeinträchtigung auch erforderlich ist, um das wirtschaftspolitische Ziel zu verwirklichen. Das Gericht subsumiert nicht das zu prüfende Gesetz unter die Grundrechtsnorm, sondern kontrolliert die Wertung und Mittelwahl des Gesetzgebers auf ihre verfassungsrechtliche Vertretbarkeit. Es darf sich über die Erwägungen und Wertungen, die den Gesetzgeber zu einer nach seiner Auffassung notwendigen Freiheitsbeschränkung geführt haben, nur dann hinwegsetzen, wenn sie sich, am Maßstab des Grundgesetzes gemessen, als unhaltbar erweisen. Im Rahmen dieser Ab-

¹¹¹ Daß eine Steuer sich mittelbar nach den sonstigen Verhältnissen des Steuerpflichtigen unterschiedlich auswirken kann, ist unschädlich, wenn sich diese nachteilige Wirkung als Nebenfolge einer an sich unbedenklichen Regelung darstellt (BVerfGE 13, S. 331 [347]; BVerfG Beschl. v. 21. 12. 1966, aaO [s. Anm. 110], B II 6 a).

¹¹² BVerfGE 19, S. 101 (116).

¹¹³ BVerfGE 6, S. 32; 7, S. 377.

wägung erweist sich der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als das ausschlaggebende Instrument richterlicher Normenkontrolle. So beruht etwa die „Stufentheorie“ des Apotheken-Urteils letztlich auf einer strikten Anwendung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit bei den vom Gemeinwohl gebotenen Eingriffen in die Berufsfreiheit¹¹⁴.

a) Das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet auch die *allgemeine Handlungsfreiheit* auf wirtschaftlichem Gebiet¹¹⁵. Es kann zwar durch jede verfassungsgemäße Rechtsnorm eingeschränkt werden¹¹⁶, doch ist es damit nicht dem Zugriff des Gesetzgebers restlos ausgeliefert. Indem die Verfassung die allgemeine Handlungsfreiheit mit Grundrechtsschutz umgeben hat, zwingt sie den Gesetzgeber, Beeinträchtigungen dieses Freiheitsrechts durch ein besonderes Interesse des öffentlichen Wohls zu rechtfertigen, sowie Art und Ausmaß der Beeinträchtigung an dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit auszurichten.

Das Urteil zur Milchmarktordnung¹¹⁷ läßt gut erkennen, welche Abwehrkraft die allgemeine Handlungsfreiheit gegen den wirtschaftslenkenden Gesetzgeber aufzubieten vermag. Die durch eine Marktordnung für bestimmte Produkte bewirkten Einschränkungen der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit sind danach zulässig, soweit „überwiegende Gründe des Gemeinwohls“¹¹⁸ die Einführung einer Marktordnung rechtfertigen oder gebieten. Solche Gründe sind im Falle der Milchmarktordnung die Versorgung der Bevölkerung mit einwandfreier Milch als einem unentbehrlichen Volksnahrungsmittel in stets ausreichender Menge und zu einem angemessenen Preis und die Erhaltung einer lei-

¹¹⁴ BVerfGE 13, S. 97 (104 f.). – Vgl. *Bachof*, JZ 1958, S. 468; *Lerche*, BayVBl. 1958, S. 231; *Scheuner*, DVBl. 1958, S. 845 (849).

¹¹⁵ BVerfGE 6, S. 32 (41); 8, S. 274 (328); 9, S. 3 (11); 10, S. 89 (99).

¹¹⁶ BVerfGE 6, S. 32.

¹¹⁷ BVerfGE 18, S. 315. – Vgl. auch BVerwGE 24, S. 152.

¹¹⁸ Diese Formulierung wird von *Nipperdey* (aaO [s. Anm. 71], S. 31 Anm. 32 e und S. 45 Anm. 70 a) überschätzt. Denn wenn die Abwägung ergibt, daß eine Regelung durch das Gemeinwohl begründet ist, ist sie auch durch „überwiegende (d. h. das individuelle Interesse überwiegende) Gründe des Gemeinwohls“ gerechtfertigt. Aus Art. 2 Abs. 1 GG kann deshalb nicht auf einen „Grundsatz ‚in dubio pro libertate‘“ (vgl. *Über*, Freiheit des Berufs, 1952, S. 28; *Peter Schneider*, Hundert Jahre Dt. Rechtsleben, 1960, II, S. 263; *ders.*, VVdStL 20 [1963], S. 1) geschlossen werden. Mit dieser latinisierten Formulierung wird das Prestige des Satzes „in dubio pro reo“ benutzt, um mit einem nahezu inhaltslosen Blankett die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers über das von der Verfassung gebotene Maß hinaus zu beschneiden. Dieser Einwand ist auch gegen die Behauptung der „überpositiven“ Geltung eines „Prinzips der Freiheitlichkeit“ (*Hamann*, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, 1958, S. 48 ff.) und die Annahme einer „Fundamentalentscheidung für die Liberalität“ (*Stern*, DÖV 1961, S. 325 [327]) zu erheben. Vgl. *Ehmke*, VVdStL 20 (1963), S. 53 (86 f.); *Hesse*, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: Festgabe für Smend, 1962, S. 71 (85 ff.); *Hans Huber*, Ztschr. f. Schweizer. Recht 55 (1936), S. 1 a (119 a).

stungsfähigen Landwirtschaft trotz der erheblichen Überproduktion¹¹⁹. Diese Erwägungen machen deutlich, daß der Einführung von Marktordnungen enge Grenzen gesetzt sind, die aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hervorgehen.

Durch das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit werden wesentliche Institute der privatwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung einer gesetzlichen Abschaffung oder Aushöhlung entzogen. Insofern würde Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 GG einen Übergang zu einer sozialistischen Wirtschaftsordnung, der sich nicht auf die Methoden des Art. 15 GG beschränkte, illegalisieren. Durch Art. 2 Abs. 1 GG wird insofern die Privatinitiative des Unternehmers gewährleistet, als ein wirtschafts- oder steuerrechtlicher Eingriff in die freie Disposition über Betriebsmittel nur insoweit zulässig ist, als ein angemessener Spielraum zur selbstverantwortlichen Unternehmerinitiative verbleibt¹²⁰. Bei einer gesellschaftsrechtlichen Regelung erscheint es im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 GG nicht von vornherein unvertretbar, wenn der Gesetzgeber erlaubt, daß sich das von der Konzernleitung vertretene unternehmerische Interesse gegenüber dem Anlageinteresse des Kleinaktionärs durchsetzt; denn für den Minderheitsaktionär, der zwangsläufig weitgehend auf das Interesse an Rendite und Kurs beschränkt ist, muß die Aktie typischerweise mehr reine Kapitalanlage als unternehmerische Betätigung sein¹²¹. Art. 2 Abs. 1 GG schützt auch die Vertragsfreiheit. Die Beschränkung der Vertragsfreiheit durch Preisregelungen zur „Aufrechterhaltung des Preisstandes“ ist grundsätzlich mit dem Grundrecht vereinbar¹²².

b) Nach Art. 2 Abs. 1 GG ist auch zu beurteilen, ob und in welcher Ausgestaltung der Gesetzgeber *öffentlich-rechtliche Körperschaften (Marktverbände, Kammern) mit Zwangsmitgliedschaft* gründen darf, um wirtschaftspolitische Zielsetzungen zu verwirklichen. Denn die dadurch berührte „negative“ Vereinigungsfreiheit wird nur bei privatrechtlichen Organisationsformen durch Art. 9 GG geschützt.

Der verfassungsrechtliche Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit hat zur Folge, daß öffentlich-rechtliche Verbände nur gegründet werden dürfen, um „legitime“ öffentliche Aufgaben wahrnehmen zu lassen.

¹¹⁹ BVerfGE 18, S. 315 (327).

¹²⁰ BVerfGE 4, S. 7 (15 f.); 12, S. 341 (347 f.). – Vgl. dazu Ipsen, Fragestellungen zu einem Recht der Wirtschaftsplanung, in: Kaiser, Planung I, 1965, S. 35 (54).

¹²¹ BVerfGE 14, S. 263 (283). – Dagegen Mestmäcker, JuS 1963, S. 417; Rasch, Konzernrecht, 3. Aufl., 1966, S. 127.

¹²² BVerfGE 8, S. 274 (328 f.). – Vgl. Hans Huber, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, 1966.

Doch ist es Sache des gesetzgeberischen Ermessens, zu entscheiden, welche dieser Aufgaben der Staat nicht durch die unmittelbare Staatsverwaltung, sondern durch eigens gegründete öffentlich-rechtliche Anstalten oder Körperschaften erfüllt¹²³. Dem Staat kann es nicht verwehrt sein, sich bei der Erfüllung der „legitimen öffentlichen Aufgabe der Förderung der Wirtschaft“ der Hilfe von Organen zu bedienen, die er – auf gesetzlicher Grundlage – aus der Wirtschaft heraus sich selbst bilden läßt und die durch ihre Sachkunde die Grundlagen dafür schaffen helfen, daß staatliche Entschließungen auf diesem Gebiet ein möglichst hohes Maß an Sachnähe und Richtigkeit gewinnen¹²⁴. Man wird annehmen müssen, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für die Schaffung von Marktverbänden erheblich strengere Voraussetzungen zur Folge hat, als es für die Errichtung von Kammern ausgesprochen wurde. Bei Marktverbänden dürften für die „Legitimität“ der durch sie verfolgten wirtschaftspolitischen Zwecke nicht die Grundsätze des eben zitierten Beschlusses zum IHK-Gesetz, sondern die des Urteils zur Milchmarktordnung zugrundegelegt sein.

Bei der Ausgestaltung eines öffentlich-rechtlichen Verbandes darf der Gesetzgeber dessen Organisation und die Rechtsstellung der Mitglieder entsprechend der Besonderheit der zu ordnenden Lebens- und Wirtschaftsverhältnisse und der von ihm abzuwehrenden Gemeingefahr regeln. Wird ein solcher Verband aus Mitgliedern gebildet, die in dem Verbandsgebiet ganz verschiedene Aufgaben erfüllen und verschiedenes volkswirtschaftliches und soziales Gewicht haben, steht es weitgehend im Ermessen des Gesetzgebers, welchen Einfluß er den einzelnen Mitgliedern oder Mitgliedergruppen in den Verbandsorganen einräumen will. Dabei dürfen allerdings schutzwürdige Interessen der Verbandsmitglieder nicht willkürlich vernachlässigt werden, das Ermessen der Verbandsorgane muß hinreichend begrenzt und seine Ausübung der richterlichen Nachprüfung zugänglich sein¹²⁵.

c) Die *Berufsfreiheit* wird vom BVerfG nicht als ein objektives Prinzip der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung, wie die liberale Gewerbefreiheit, sondern nur als individuelles Freiheitsrecht verstanden¹²⁶. Damit verbindet sich folgerichtig die starke Betonung des Zusammenhangs der Berufsfreiheit mit dem grundrechtlichen Schutz der freien Entfaltung der Persönlichkeit. Die „Stufentheorie“ geht von der Einsicht aus, daß nach der Ordnung des Grundgesetzes die freie menschliche Persönlichkeit der oberste Rechtswert ist, daß ihr deshalb bei der

¹²³ BVerfGE 10, S. 89 (102).

¹²⁴ BVerfGE 15, S. 235 (240).

¹²⁵ BVerfGE 10, S. 89 (102 f., 107).

¹²⁶ BVerfGE 7, S. 377 (397). – Dagegen *Nipperdey*, aaO (s. Anm. 71), S. 50 f.

Berufswahl die größtmögliche Freiheit gewahrt bleiben muß, daß diese Freiheit mithin nur soweit eingeschränkt werden darf, als es zum gemeinen Wohl unerlässlich ist¹²⁷. Dementsprechend erwies sich etwa für den Droschkenverkehr eine Bedürfnisprüfung als verfassungswidrig, da sie zur Erhaltung eines funktionsfähigen Droschkenverkehrs, eines überragenden Gemeinschaftsgutes, nicht unumgänglich notwendig ist; daher müssen hier Gesichtspunkte wirtschafts- und verkehrspolitischer Planung und Gestaltung überhaupt zurücktreten¹²⁸. Desgleichen war die subjektive Zulässigkeitsvoraussetzung des Sachkundenachweises für den allgemeinen Einzelhandel unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig¹²⁹. Das individualistische Verständnis der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des BVerfG¹³⁰ steht einer berufsständischen Formierung der Gesellschaft durch Zulassungsbeschränkungen, die über das durch besondere Bedürfnisse des Gemeinwohls unbedingt Gebotene hinausgehen, entgegen. Der Gesetzgeber ist jedoch nicht gehindert, typisierend „Berufsbilder“ festzulegen und so in gewissem Umfang Spezialisierungstendenzen zu unterdrücken und atypische Betätigungen abzuschneiden¹³¹.

An Art. 12 Abs. 1 GG sind auch Steuervorschriften mit wirtschaftslenkender Nebenwirkung zu messen, soweit sie die Aufnahme oder die Ausübung eines Berufes beeinflussen sollen oder können. Eine derartige (prohibitive) Steuernorm berührt die Freiheit der Berufswahl nur dann, wenn die Steuer ihrer Gestaltung und Höhe nach es den Berufsbewerbern in aller Regel – also nicht nur im Einzelfall – wirtschaftlich unmöglich macht, den gewählten Beruf zur Grundlage ihrer Lebensführung zu machen¹³².

d) Inhalt und Schranken des *Eigentums* werden durch die Gesetze bestimmt (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG). Doch ist der Gesetzgeber dabei nicht völlig frei, sondern er muß sowohl die Wertentscheidung des Grundgesetzes zugunsten des Privateigentums beachten als auch alle übrigen Verfassungsnormen, besonders den Gleichheitssatz, die allgemeine Handlungsfreiheit und die Verfassungsidee des sozialen Rechtsstaates. Eigentumsbeschränkungen müssen durch das öffentliche Interesse legitimiert sein. Die in Art. 14 Abs. 2 GG statuierte Sozialbindung

¹²⁷ BVerfGE 7, S. 377 (405); 13, S. 97 (104 f.). – Dazu Müller, JJB 2 (1961/62), S. 17 (39).

¹²⁸ BVerfGE 11, S. 168.

¹²⁹ BVerfGE 19, S. 330. – Anm. Kisseler, GewArch 66, S. 97.

¹³⁰ Vgl. den Bericht von Rupp, AöR 92 (1967), S. 212 ff.

¹³¹ BVerfGE 13, S. 97 (106, 107); 17, S. 232 (241 f.). – Anders Schweizer. Bundesgericht JZ 1967, S. 91 mit Anm. Schefold.

¹³² BVerfGE 13, S. 181; 16, S. 147 (162).

des Eigentums gibt dabei dem Gesetzgeber einen verhältnismäßig weiten Beurteilungsspielraum ¹³³.

Preisrechtliche Vorschriften enthalten in aller Regel zulässige Eigentumsbindungen. Das gilt auch dann, wenn sie sich auf bereits abgeschlossene Verträge auswirken ¹³⁴. Die durch eine staatliche Auflage erzwungene Minderung der Rentabilität wird nicht dadurch, daß sie zu Betriebseinschränkungen führt, in eine unzulässige Enteignung verwandelt ¹³⁵. Beschränkungen des Weinbaues sind nur zulässig, wenn und soweit das öffentliche Interesse sie unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit rechtfertigt ¹³⁶. Eine Regelung, die den Erwerb land- oder forstwirtschaftlicher Grundstücke dann schlechthin verbieten würde, wenn es sich für den Erwerber um eine Kapitalanlage handelt, wäre eine übermäßige Eigentumsbindung ¹³⁷. Gegen die Auferlegung von Geldleistungspflichten schützt die Eigentumsgarantie nicht ¹³⁸. Sie könnte in solchen Fällen allenfalls verletzt sein, wenn die Geldleistungspflichten den Betroffenen übermäßig belasten und seine Vermögensverhältnisse grundlegend beeinträchtigen ¹³⁹.

¹³³ BVerfGE 8, S. 71 (80); 14, S. 263 (278); BVerfG JZ 1967, S. 251. – Vgl. Ipsen, AöR 91 (1966), S. 86.

¹³⁴ BVerfGE 8, S. 274 (330).

¹³⁵ BVerfGE 16, S. 147 (187).

¹³⁶ BVerfGE 8, S. 71 (80).

¹³⁷ BVerfG JZ 1967, S. 251.

¹³⁸ BVerfGE 4, S. 7 (16) und st. Rspr. – Diese etwa formalistische Auslegung trägt der Eigenart wirtschaftslenkender Besteuerung nicht ausreichend Rechnung (Bäumlin, Staat, Recht und Geschichte, 1961, S. 13 f.; Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, 1966, S. 25 f.).

¹³⁹ BVerfGE 19, S. 119 (128 f.). – Vgl. Friedrich Klein, Eigentumsgarantie und Besteuerung, StW 43 (1966), S. 433.